

La colaboración público-privada en la dotación de infraestructuras públicas. La situación actual en España y las alternativas al actual marco regulador

Joan Ridao Martín

Sumario: I. Introducción.—II. La problemática general asociada a los proyectos de colaboración público-privada.—III. En concreto, los obstáculos imputables al marco regulador actual. 1. Los actuales instrumentos normativos europeos y estatales. 2. La imperiosa revisión del sistema de concepción y adjudicación de contratos de CPP. Las bajas temerarias. 3. Los condicionantes del nuevo contrato de colaboración público-privada. 4. El diálogo competitivo. 4.1. La problemática de la protección del *know how* en el diálogo competitivo. 4.2. Los incentivos a la participación en un proyecto de CPP.—IV. Los mecanismos de pago. El pago por disponibilidad.—V. El esquema de distribución de riesgos y el equilibrio económico-financiero de los contratos. 1. La problemática de las expropiaciones. 2. El alargamiento de concesiones.

Laburpena. Hitz gakoak.—Resumen. Palabras clave.—Abstract. Keywords.

I. Introducción

La importancia de la obra pública en España es un hecho indiscutible. Para ilustrar esta obviedad solo hay que hacer mención al peso específico relativo de este sector en el conjunto de la actividad económica, cifrado alrededor del 20% del PIB en el periodo 2003-2008. Precisamente, el actual contexto de recesión, desencadenado a partir de las convulsiones del sistema financiero y del fuerte deterioro de la economía real, ha golpeado este sector de forma extraordinaria, de forma que en estos momentos tiene que hacer frente a un insólito desafío después de años de crecimiento exponencial debido a las restricciones al crédito y las estrecheces presupuestarias del sector público.

Sea como fuere, las infraestructuras constituyen una herramienta fundamental para el relanzamiento del crecimiento económico. Por ello, el de-

sarrollo de la colaboración público-privada (CPP) (1) para la financiación, construcción, gestión y operación de infraestructuras o equipamientos públicos, con una tradición que en España se remonta a los años 1970 con la construcción de las primeras autopistas, se revela actualmente como a una herramienta alternativa y poderosa que permitiría no sólo mantener un ritmo constante de contratación de obras que requieren grandes necesidades de planificación y financiación, sino tener igualmente un impacto menor en la deuda pública, gracias al tratamiento contable de los activos no públicos, además de contribuir a la máxima eficiencia económica desde el punto de vista de la relación calidad-precio (*value for money*), atendiendo al hecho que este tipo de iniciativas incorporan un mayor conocimiento y control de costes no sólo a lo largo de la vida de los proyectos sino incluso antes, a partir del diálogo que se establece de forma preliminar entre el sector público y el sector privado para ponderar la viabilidad de su financiación y ejecución. De este modo, la CPP se erige en un instrumento que permite mantener un notable volumen de negocio de obra con un menor esfuerzo financiero relativo, optimizando los flujos económicos a través de la captación de activos privados, sin descartar una vigorosa intervención pública en muchos casos (REBOLLO FUENTE, Andrés, 2007: 61-122).

Con todo, la compleja situación del mercado financiero y la crisis de liquidez dificultan la materialización de estos proyectos en la actualidad. El encarecimiento de la financiación hace que, a pesar de la evidencia que existen suficientes recursos que podrían aflorar (y que se concentran preferentemente en fondos de inversión privados), determinados esquemas de reparto de riesgos y la carencia de incentivos y de suficientes garantías públicas hacen que muchos proyectos que se proponen, incluso por parte de los eventuales socios privados, no se acaben concretando o, en muchos casos, que no se traduzcan tan sólo en la presentación de ofertas (QUINTANA LÓPEZ, Tomás, 2011; RAMIÓ, Carles, 2009; PALOMAR, Alberto, 2011).

II. La problemática general asociada a los proyectos de colaboración público-privada

Al margen de la coyuntura económica, se impone una reflexión en el entorno del marco normativo de la contratación del sector público, singularmente sobre el sistema de concepción y adjudicación de contratos, además de sobre el régimen previsto para estimular y coadyuvar a la captación de activos financieros.

(1) La expresión «colaboración público-privada» (*CPP) no dispone de ningún tipo de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las distintas formas de cooperación entre las autoridades públicas y el empresario, cuyo objetivo es garantizar la financiación, la construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de infraestructuras o la prestación de servicios.

En este sentido, hay que constatar primeramente la carencia de un instrumento normativo de carácter vinculante en el seno de la Unión Europea (UE), que ofrezca certeza a los operadores económicos, más allá de lo que prevé la Directiva 2004/18/CE (2), relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; y del *Libro verde sobre la colaboración público-privada* (3), aprobado por la Comisión el 30 de abril de 2004, que forma parte de la denominada *soft law* de la UE, al constituir un documento sin fuerza jurídica determinante.

Las recientes propuestas legislativas de la Comisión Europea (CE) en materia de contratos («Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales» [COM(2011) 895 final-2011/0439 (COD)], la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública» [COM(2011) 896 final-2011/0438 (COD)], y la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión» [COM(2011) 897 final-2011/0437 (COD)] (2012/C 191/16), se inscriben dentro del objetivo expresado recurrentemente por los Estados miembros, operadores y expertos, de modernización del sistema de contratos de la UE.

Todavía nos hallamos metabolizando la entrada en vigor del TRLCSP, cuando la CE acaba de hacer públicos hace unos meses tales proyectos, que obligará a reformar la LCSP y el TRLCSP antes del 30 de junio de 2014. Pues, en efecto, el texto se remitirá al Consejo de Ministros y al Parlamento Europeo para su aprobación durante el presente año 2012, derogando la vigente Directiva 2004/18/CE —fuente de la actual LCSP y de su Texto Refundido— y deberá ser transpuesta por todos los Estados miembros a mediados del año 2014, como parte de un programa global de modernización de la licitación pública en la Unión Europea.

Recuérdese que la Comisión ya había publicado, en enero de 2011, un Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, a partir del cual se puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que deberían introducirse para facilitar y flexibilizar la adjudicación de los contratos. La consulta pública finalizó en abril pasado, recibiendo en total 623 respuestas, procedentes de una gran variedad de grupos de partes interesadas, gobiernos, empresas, asociaciones industriales, personalidades del mundo académico, organizaciones de la sociedad civil (incluidos las patronales

(2) www.minhap.gob.es/.../Directiva%202004-18%20Sector%20publico...

(3) www.eur-lex.europa.eu/lexuriserv/site/se/cómo/.../como2004_0327se01.

y los sindicatos), así como de ciudadanos particulares. El mayor número de respuestas procedió del Reino Unido, Alemania y Francia.

A su vez, en el Estado español no existe todavía ahora un marco jurídico armónico y seguro, pese a las novedades incorporadas recientemente en la legislación de contratos del sector público, (4) que presenta un alto grado de complejidad hermenéutica y aplicativa (5). La praxis diaria evidencia la existencia de un panorama disperso y complejo de fórmulas jurídicas que urge su clarificación, empezando por qué se imponga un esquema estandarizado de las distintas modalidades de contrato (6).

Un entorno adecuado para la CPP sería el que favoreciera no sólo la existencia de procesos de adjudicación transparentes y con la debida concurrencia, sino también aquel que permitiese a los decisores públicos planificar presupuestariamente de forma más rigurosa y a largo plazo, controlando la evolución de las cuentas públicas y el equilibrio presupuestario a partir de un buen análisis inicial de la inversión y de los potenciales retornos económicos y sociales de la explotación, esto es, a partir de un un esquema de reparto de riesgos y de garantías financieras que evite la fractura del equilibrio económico-financiero de los contratos, con los inconvenientes que ello supone.

(4) La promulgación de la LCSP (2007), de acuerdo con aquello dispuesto en la Directiva 2004/18, no ha dado estabilidad a la tradicionalmente cambiante normativa de contratos públicos pues, al poco de su entrada en vigor, fue desarrollada y modificada por el Real decreto-Ley 817/2009, de 8 de mayo, por el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, que adoptó medidas extraordinarias para la reducción del déficit público y por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de, entre otros, la misma LCSP para adaptarla a la normativa comunitaria, y todavía más recientemente por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES). Posteriormente fue desarrollada nuevamente por el Real decreto 300/2011 que modificó el Real decreto 817/2009, de 8 de mayo, que desarrollaba la LCSP, y por la que se habilitaba al titular del Ministerio de Economía y Hacienda para modificar sus anexos. Más recientemente, de acuerdo con la Disposición Final treinta-dos de la LES, el Gobierno español procedió a integrar, debidamente regularizada, aclarada y armonizada toda la legislación en materia de contratos del sector público, a través del Real decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el TRLCSP. Cómo expresa paradójicamente la Exposición de Motivos de esta norma, la habilitación tenía su razón de ser en la seguridad jurídica, igual que había puesto de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen de 29 de abril de 2010.

(5) La sistemática actual, máximo después de la publicación del texto refundido incorporado mediante el Real decreto Legislativo 3/2011 (TRLCSP), adopta una sistemática transversal y comporta que la regulación del régimen jurídico de cada figura contractual se extienda a lo largo de todo el texto de la ley a través de preceptos inconexos entre sí, evidenciando la carencia de preceptos completos y cercados que agoten su sentido en sí mismo sin requerir algún tipo de remisión a otros preceptos. Esto hace la lectura insegura y agotadora.

(6) La nueva LCSP (Ley 30/2007) estableció los siguientes tipos de contratos: obras, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, servicios, colaboración entre el sector público y el sector privado y contratos mixtos. La regulación por ley formal de los contratos administrativos típicos, método tradicional del Derecho español, es aun así infrecuente en el Derecho comparado europeo, pues la mayoría de los ordenamientos resuelven la determinación del contenido de fondo de los varios contratos administrativos con la técnica más flexible de los pliegos de condiciones (PARADA, Ramón, 2010: 320). www.boe.es/*boe_*catalan/*dias/2007/11/03/.../A04375-04472.pdf y www.boe.es/*boe_*catalan/*dias/2011/11/16/

Por eso, en segundo término, hay que decir que para que la CPP acontezca como una opción efectiva y eficiente son necesarias medidas de fomento financiero, encaminadas a favorecer la disponibilidad de financiación en un contexto de notable rigidez de los mercados, mejorando la calidad crediticia de las inversiones, tanto por la vía del préstamo bancario como por la vía de nuevas fuentes de capital (público o privado). En concreto, si el escenario de estabilidad presupuestaria que impone actualmente el ordenamiento y las directrices políticas comunitarias invita a los entes públicos a acudir normalmente a fórmulas de financiación totalmente o parcialmente extrapresupuestarias, para evitar su impacto en términos de déficit público, esto supone tener que afrontar este inédito escenario acudiendo al auxilio de inversores privados y optando por el recurso a otras fórmulas de financiación basadas en el principio de equivalencia, esto es, en el pago realizado directamente por el usuario del servicio o el beneficiario de la obra pública.

Este contexto aboca los órganos públicos contratantes a combinar factores como las subvenciones de capital público, la actuación en calidad de co-inversor, prestamista o aportador de garantías financieras adicionales, tanto a favor de iniciativas estatales como subestatales (Garantías de Estado), a pesar de que esta última posibilidad suscita serias dudas en términos de contabilidad nacional, de manera que hace falta examinar la distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado si se quiere que no compute en la deuda pública (dentro de los denominados criterios de riesgo EUROSTAT), además de superar toda una serie de requisitos bastante exigentes impuestos por la UE para que estas garantías no sean consideradas ayudas estatales directas.

III. En concreto, los obstáculos imputables al marco regulador actual

1. Los actuales instrumentos normativos europeos y estatales

Cómo se ha dicho, la carencia de un instrumento legislativo vinculante en el marco de la UE genera inseguridad jurídica a los operadores expertos y a los económicos, y no favorece un desarrollo adecuado de la CPP. A pesar de la complejidad de la cuestión, hay consenso en el sector y la literatura conocedora de la práctica de la CPP al menos en el hecho que esta futura norma tendría que conciliar un cierto nivel de detalle con la flexibilidad exigida hoy en día por el mercado (DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco, 2009, FOROPPP, 2011).

En concreto, el núcleo duro de esta norma tendría que incluir una definición propia y diferenciada de los contratos públicos, hoy demasiado condicionada por los intereses nacionales; las condiciones concretas para

modificar los contratos; la delimitación material y temporal de la misión a realizar y la contrapartida correspondiente; el tratamiento del riesgo; el método de atribución, que puede ser el diálogo competitivo (DC) o un nuevo procedimiento de negociación; la definición de criterios de selección transparentes y favorecedores de la competencia; y, en último extremo, la previsión de un procedimiento para recorrer las decisiones tomadas.

A nivel interno, la reforma de la legislación de contratos del sector público se tiene que orientar hacia lo estandarización de los diferentes tipos de contratos de CPP, vía la homologación del marco jurídico general de los contratos de concesión y del contrato de colaboración público-privada (CCPP) (7). Actualmente, la pluralidad de figuras jurídicas susceptibles de amparar relaciones de CPP, algunas, además, externas a la propia normativa de contratación pública, no favorece la homogeneidad de criterios entre los diferentes niveles administrativos y, muy especialmente, en el ámbito de los mercados financieros internacionales. Además, esta armonización se ha acabado imponiendo *de facto*, por ejemplo, a efectos de los instrumentos de financiación previstos inicialmente para los contratos de concesión de obra, pero, en cambio, permanece inexplorada en aspectos relevantes cómo son los procedimientos de convocatoria y adjudicación de las licitaciones.

La configuración legal subsidiaria del CCPP —en cuanto que opera únicamente en caso de incapacidad objetiva de la Administración para desarrollar por otros métodos contractuales el mismo proyecto— resulta igualmente determinante de su escasa utilización, en cuanto a que obliga a hacer un esfuerzo adicional de motivación durante el trámite denominado de «evaluación previa» (HUERTA BARAJAS, Justo Alberto, 2008: 55-68). A este carácter residual que la ley confiere al CCPP, hay que añadir la exigencia introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), de contar con un informe preceptivo y vinculante,

(7) Efectivamente, después de la entrada en vigor de la LCSP (artículos 11 y 19.1.a), la CPP ha dejado de ser una expresión general y omnicomprensiva entre nosotros para convertirse en un contrato administrativo típico: «Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración pública o una entidad pública empresarial u organismo similar de las comunidades autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las prestaciones siguientes: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las que hay en el mercado. d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado...».

previo a la autorización de un CCPP (y también el de concesión de obra pública) en caso de que su importe supere los 12 MEUR, con el objetivo de determinar y conocer las eventuales repercusiones presupuestarias y su incidencia en el déficit. Esta previsión no deja de constituir una nueva restricción que contradice los propósitos de la misma LES, que perseguía, paradójicamente, al menos según los enunciados de su exposición de motivos, fomentar las distintas fórmulas de CPP como instrumento para «hacer más eficiente la contratación pública y obtener financiación, con objeto de conseguir una mejor vertebración del tejido industrial por medio de inversiones productivas en innovación» (8).

La carencia de un régimen jurídico específico aplicable al denominado CCPP *ex art. 11 TRLCSP* hace que se tenga que hablar más de una técnica contractual que de un verdadero nuevo contrato. En realidad, el legislador del CCPP creó en el marco de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), una supuesta nueva modalidad contractual que no es, en realidad, más que una especie de estructura de alojamiento de los distintos contratos típicos reconocidos en la legislación de contratación pública (obras, concesión de obras, gestión de servicios públicos, suministro y servicios). Prueba de esto es que se rige por las normas generales comunes a todos los contratos y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponde a la prestación principal. Este hecho no sólo distancia el CCPP de las prescripciones del *Libro Verde sobre la colaboración público privada* y del derecho comunitario en materia de concesiones y contratación pública sino que favorece el nexo directo entre el adjudicatario del CCPP y el usuario de la infraestructura, algo más propio otros tipos de contratos (JIMÉNEZ DÍAZ, Andrés, 2011: 1-7).

Esto, además, tiene consecuencias de todo orden. Por ejemplo, atendida esta indefinición, la analogía que acostumbra a hacerse entre el CCPP y el contrato de concesión (9) repercute en ámbitos como el tributario, en forma de fijación de «precios» o «tarifas» a abonar por la usuario de los servicios públicos, mientras que, por definición, la contrapresta-

(8) El artículo 16 del Real decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (dentro del capítulo VII, bajo el título de «Otras medidas de control del gasto público») se incardinaba dentro de las medidas tomadas para concretar el compromiso del Gobierno del Estado en relación a la sostenibilidad de sus finanzas, de acuerdo con el Plan de Estabilidad y Crecimiento para el periodo 2010-2013 aprobado por el Consejo de Ministros de 29 de enero de 2010. www.boe.es/boe_catalan/dias/2011/03/.../BOE-A-2011-4117-C.pdf

(9) Las similitudes entre el CCPP y el contrato de concesión son máximas, porque este último implica también una actuación compleja por parte del concesionario, el cual viene obligado a ejecutar la obra, explotarla, conservarla, mantenerla, y actualizarla técnicamente y funcionalmente para la correcta prestación de los servicios de que se trate e, incluso, ocuparse de las zonas accesorias vinculadas a la instalación principal, si aquellas no han sido objeto de concesión separada (artículo 7 TRLCSP). Esto es precisamente lo que conlleva problemas a la hora de distinguir entre esta modalidad contractual y el contrato de concesión de obras públicas y/o el de gestión de servicios públicos, incluido o no en este último supuesto la ejecución de obras.

ción en este tipo de contratos recae sobre la Administración. Otra manifestación de esto es la duración del CCPP, que se puede ver ampliada hasta 40 años en ninguna parte de los 20 previstos legalmente para este tipo de contratos, por remisión directa a lo que prevé el artículo 268 TRLCSP relativo a los contratos de concesión.

Además, el diseño legal del CCPP no sólo dificulta que la Administración diseñe esencialmente los proyectos sino que no pueda ni siquiera controlar aspectos fundamentales de los mismos. Esto se pone de relieve en el hecho que se prevé que se tenga que determinar en sede de DC la cobertura financiera de los proyectos y, por lo tanto, con carácter previo a la licitación del contrato (art. 182.1 TRLCSP), bien al contrario que en el procedimiento habitual, que se materializa en el expediente de gasto, antes del apertura del proceso de adjudicación y con el pertinente control de la Intervención. También se puede advertir en el hecho que el pliego de cláusulas administrativas particulares sea sustituido por un «documento descriptivo» no previsto en la ley (algo característico del DC), no sometido a control previo de legalidad por parte de las asesorías jurídicas, a diferencia del que sucede ordinariamente con los pliegos de cláusulas (art. 166 en relación al 134 TRLCSP). También se percibe en el hecho que la adjudicación del contrato sea anterior a la formalización del mismo, de forma que la Administración está vinculada con una empresa antes incluso de concretarse aspectos importantes en las cláusulas del contrato (arts. 19 y 27 *TRLCSP) (*HUERTA BARAJAS, Justo Alberto, 2008: 55-68).

En este sentido, algunos autores han apuntado como posible alternativa la de reducir la actual dispersión de contratos a dos grandes modalidades contractuales, partiendo de los criterios estadísticos de EUROSTAT: de forma que se reserve el contrato de concesión para situaciones en las que haya pago directo al concesionario por parte de los usuarios privados, y el de CCPP para aquellas situaciones en que los ingresos que recibe el sector privado provengan esencialmente del sector público y no del usuario de la infraestructura. En el primer tipo, el sector privado soportaría los riesgos de construcción y de demanda y, en el segundo, los riesgos de construcción y de disponibilidad. Esta nueva configuración jurídica daría cobertura a una buena parte de los requerimientos del sector de empresas contratistas y sería coherente con la trayectoria de la práctica de la Administración estatal (REBOLLO FUENTE, Andrés, 2010: 1-26).

2. La imperiosa revisión del sistema de concepción y adjudicación de contratos de CPP Las bajas temerarias

La experiencia demuestra la necesidad empírica de modificar el sistema de concepción y adjudicación de los proyectos previstos en la vi-

gente normativa de contratación para garantizar que la adjudicación de este tipo de contratos tan complejos y de larga duración se realice siempre en las mejores condiciones, sobre todo en aquellos sectores en que no existe una amplia experiencia previa. Los resultados acostumbran a ser: modificados, paralizaciones y sobrecostes. Esto mismo conduce a un alto grado de litigiosidad y de inseguridad jurídica.

En el caso del CCPP, al amparo del artículo 134 TRLCSP, ya antes de nacer, pasa por una fase en la que la Administración tiene que identificar sus necesidades y poner de manifiesto, ante la complejidad del contrato, su incapacidad para definir —antes de acudir a la licitación— los medios técnicos, mecanismos jurídicos y alternativas de financiación para lograr los objetivos propuestos, de acuerdo con el expediente de contratación. Así, en el correspondiente expediente tiene que obrar el documento de justificación del interés público del contrato en cuestión, al que habrá que añadir, como se ha visto en otro momento, el informe previo y vinculando por parte del Ministerio de Economía y Hacienda.

En el capítulo de justificación y configuración del propio contrato, el mismo artículo 109 TRLCSP facilita aun así otros elementos claves para la plenitud del contrato: el expediente «...se tiene que referir a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio del que prevé el apartado 3 del artículo 86 sobre la eventual división en lotes, a los efectos de la licitación y la adjudicación...». En todo el esquema contractual del TRLCSP palpita pues el deseo de matizar o de impedir la posibilidad de fraccionar la prestación contractual.

En cuanto al sometimiento a la documentación previamente elaborada, el apartado 3 del artículo 109 indica que «...Se tienen que incorporar al expediente el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que tienen que regir el contrato. En caso de que el procedimiento elegido para adjudicar el contrato sea lo de diálogo competitivo que regula la sección 5.^a del capítulo I del título I del libro III, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas se tienen que sustituir por el documento descriptivo a que hace referencia el artículo 181.1...». En este supuesto y cómo se reitera en numerosas ocasiones, el sistema de selección del contratista es siempre el del DC, de forma que la documentación a presentar es la prevista en el artículo 181.1 TRLCSP, esto es «... Los órganos de contratación tienen que publicar un anuncio de licitación en el cual den a conocer sus necesidades y requisitos, que tienen que definir al mencionado anuncio o en un documento descriptivo...».

En el plan de la documentación que hay que incorporar al expediente, el art. 109.3 *TRLCSP se establece: «...Asimismo, se tiene que incorporar el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente lo sustituya, y la fiscalización previa de la intervención, si se tercia, en los

términos que prevé la Ley 47/2003, de 26 de noviembre. Dada la modalidad contractual que se analiza, la determinación de la suficiencia de crédito tiene que afectar únicamente a aquellas aportaciones que correspondan a la Administración Pública contratante.

A todos los efectos, el artículo 109 indica que «... En el expediente se tiene que justificar adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato...». Es cierto que se trata de una prescripción general y que en el presente supuesto hay que entender que del que se trata es, sobre todo, de admitir o indicar que el sistema de selección elegido es, necesariamente, el previsto en el artículo 179 y siguientes del *TRLCSF.

Finalmente, la opción legal por el sistema del DC y la propia naturaleza del contrato hace que este sea uno de los aspectos donde realmente las peculiaridades del contrato en cuestión reducen notablemente la posición inicial y general que se trata de establecer al TRLCSF (10). En el *CCPP la vinculación a la documentación previa se tiene que situar en un plan muy general —referido a las necesidades a cubrir y a algunos aspectos centrales de dicha configuración— puesto que los instrumentos clásicos (pliego de prescripciones y determinaciones técnicas) realizan un papel muy subsidiario porque, en esencia, es a través del diálogo competitivo como coge forma el contrato en cuestión.

En cuanto a la cuestión de las ofertas anormalmente desproporcionadas, es sabido que en nuestro sistema, la propuesta económica es un factor decisivo a la hora de evaluar las opciones en juego en una licitación de obra pública. Esto hace que las empresas a menudo puedan llegar a hacer ofertas temerarias, que, de hacerse realidad, las conduciría a trabajar literalmente en precio de coste. En consecuencia, como esto es insostenible y antieconómico, la práctica habitual es la de modificados y otros añadidos sobrevenidos que permiten a las empresas obtener los beneficios finalmente esperados.

Teóricamente, en cada licitación se suelen fijar las condiciones a partir de las cuales una oferta se considera desproporcionadamente baja o di-

(10) El diálogo competitivo tiene por objeto «determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades». Esto significa que tendrá que versar necesariamente sobre las necesidades evidenciadas y recogidas en el programa funcional, y en el anuncio de licitación por parte de la Administración, y tendrá que tener en cuenta los condicionantes jurídicos, técnicos o económicos mínimos que tienen que incluir necesariamente las soluciones propuestas para ser admitidas al diálogo competitivo. El desarrollo del diálogo se vertebra sobre cómo podrá llevarse a efecto de manera sucesiva, con el fin de ir reduciendo progresivamente el número de soluciones propuestas por los participantes, que tendrán que ser consideradas por el órgano de contratación. Esta «depuración» de las propuestas de solución se puede realizar teniendo en cuenta dos condicionantes sustanciales: por un lado, la reducción sólo podrá llevarse a cabo conforme a criterios previamente anunciados y conocidos por los licitadores que participan en el diálogo; y de la otra, la reducción no podrá ser de tal entidad que haga desaparecer la competencia efectiva entre las soluciones que finalmente tengan que ser consideradas por el órgano de contratación (artículo 182.3 TRLCSF).

rectamente temeraria (en función de un porcentaje sobre el presupuesto de licitación, por debajo de la media del resto de ofertas). Con esta previsión se pretende evitar que resulte adjudicataria una empresa que eventualmente plantee problemas para ejecutar la obra, poniendo excusas de todo tipo para buscar ampliaciones del presupuesto y llegar a cubrir unos gastos que desde el principio se sabía que serían más grandes que la oferta. Este sistema favorece que algunas empresas, después de estudiar el presupuesto, opten por no concurrir, y que las que lo hacen acostumbren a ser una o dos grandes empresas que acaban aceptando bajo el pretexto que se trata de una obra emblemática, y que, a pesar de las pésimas condiciones económicas, la notoriedad que los proporciona las compensa con creces.

Esta situación no es aceptable. Hay que proceder a revisar de forma realista esta regulación, de forma que las ofertas reflejen condiciones de mercado como parámetro comparativo, en ninguna parte del conjunto de ofertas presentadas (art. 152 TRLCSP). No hace tanto tiempo que, a nivel operativo (no *de lege*), el Ministerio de Fomento anunció que suspendería las obras cuyo coste superara el 10 por ciento del precio de adjudicación. Sin duda, esta sería una medida que en caso de aplicarse supondría un gran ahorro, puesto que no pocas obras, y no sólo las financiadas por aquel ministerio, acaban costando mucho más que lo que refleja su presupuesto de adjudicación. Lo más sensato sería que, en lugar de rescindir el contrato, se obligara a la empresa a acabar de ejecutarlo en el precio pactado y, en caso de incumplimiento, obligarla a pagar algún tipo de penalización (como las que en ocasiones ya se establecen por contrato). Esta medida, ya incorporada en el TRLCSP vía LES, requiere un despliegue reglamentario y ser incorporada de forma generalizada en las bases de los concursos, incluyendo también una serie de indemnizaciones por incumplimientos contractuales que no sean debidos a desastres imprevisibles ajenos al desarrollo de la obra.

Haría falta también que se concretara reglamentariamente el hecho ya previsto en la ley de que, cuando el único criterio a considerar para la adjudicación del contrato sea el precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas sea valorado de acuerdo con determinados parámetros objetivos y perfectamente tasados. De esta forma, cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, se pueda dar audiencia al licitador para que la justifique y precise las condiciones que la avalan (el ahorro, las soluciones técnicas adoptadas, las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respecto de las disposiciones relativas a la protección social del lugar de ejecución, la obtención de una ayuda de Estado, etc.). Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y

los informes pertinentes aprecia que no puede completar la oferta se tendría que poder acordar la adjudicación provisional a favor de la siguiente proposición más ventajosa económicamente, de acuerdo con la orden de presentación.

3. Los condicionantes del nuevo contrato de colaboración público-privada

Cómo ya ha sido analizado, la apelación supletoria al CCPP amenaza con relegar al desuso este tipo de contrato. Esto, además, no deja de ser paradójico si se tiene en cuenta que lo que perseguía el legislador era crear este nuevo instrumento de contratación, pensado para permitir la contratación de obras, servicios o suministros complejos, cuya prestación no pudiera ser definida por la Administración desde el punto de vista técnico, jurídico o financiero (11).

En este sentido, habría que estudiar la modificación de la ley para que fuera posible con carácter principal una de estas tres posibilidades: i) invocar el CCPP siempre que se justificara durante el proceso de evaluación previa, y de forma debidamente razonada, la «mayor conveniencia» o «idoneidad» de esta figura para la satisfacción de las finalidades públicas, atendida la imposibilidad técnica de definir el proyecto previamente o por otros motivos; ii) desde de la perspectiva financiera, que bastara con expresar la conveniencia, debidamente justificada de la realización de valor por dinero, demostrando que es posible obtener ahorro a largo plazo; y ii) o bien, si lo que se pretende realmente es reservar la figura del CCPP para supuestos muy excepcionales, que introduzcan un matiz o se alejen del tradicional esquema del riesgo y ventura, que la ley incorporara una taxonomía completa de los supuestos de riesgos retenidos, compartidos o transferidos. En este caso, el CCPP tendría que ser invocable, entre otras razones, cuando existiera la evidencia de riesgos que requirieran un tratamiento especial que justificara una mayor garantía por parte de los bancos en relación a la recuperación de las deudas en caso de fin anticipada.

Otro aspecto revisable, más accesorio si se quiere, es el relativo al método de evaluación previa del contenido financiero del contrato. La ley exige que se tenga que justificar que el eventual sobre coste de ejecutar

(11) El segundo apartado del artículo 11 TRLCSP configura el CCPP como una modalidad «de último recurso», a la cual acogerse cuando otras formas contractuales más clásicas de participación del sector privado en la provisión de infraestructuras y servicios públicos no sean aplicables. El CCPP es, ante todo, una fórmula supletoria para el caso de que no existan otros canales contractuales: «Sólo se pueden suscribir contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma que prevé el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten satisfacer las finalidades públicas». Continúan, pues, activas, como modalidades aplicables de CPP en nuestro derecho, el contrato de concesión de obra pública, el de gestión de servicios públicos, etc.

la infraestructura mediante un CCPP, si lo comparamos con la ejecución directa tradicional (en términos de valor por dinero y de operatoria de la infraestructura). Desde el punto de vista de la lógica de la actuación de la Administración, esta exigencia puede parecer razonable. Lo que resulta inaceptable en todo caso es la discriminación de que es objeto la concreta modalidad de CCPP, dado que a otros tipos contractuales que amparan una relación de CPP (la concesión de obra pública, sin ir más lejos) no se les pide este informe. La alternativa pasaría para generalizar la exigencia de evaluación financiera previa a todas las modalidades contractuales de CPP.

4. El diálogo competitivo

Lo que caracteriza legalmente el DC, como específica técnica de adjudicación de los CCPP, es la necesidad de que la Administración contratante identifique el objeto, la prestación o el servicio de este contrato, así como que se aprecie la complejidad que presenta la solución a dar. En suma, la búsqueda de soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades de la Administración, de forma que una vez con las necesidades ya definidas, se proceda a la formalización de las ofertas y, posteriormente, a la adjudicación.

Si esto es así, habría que poder recurrir al DC en cualquier modalidad de contrato (y no sólo en el CCPP). Al fin y al cabo, en todas hay una colaboración más o menos intensa entre el sector público y el sector privado, sin necesidad que existan grandes complejidades técnicas o económicas. Tendría que bastar con que el proyecto fuera suficientemente sustantivo en sí mismo, sobre todo en cuantía económica, con objeto de que a partir de esta magnitud resultara conveniente ajustar las condiciones de los pliegos y afianzar a un mínimo número de ofertantes. La Administración tendría que saber que el proceso es más costoso si se arriesga a no tener oferentes.

En este sentido, habría que modificar el artículo 180 TRLCSP (supuestos de aplicación del diálogo competitivo), de forma que se definiera como particularmente complejo todo contrato en el que el órgano de contratación considerara más conveniente la utilización de este procedimiento de selección con objeto de poder definir, de acuerdo con el artículo 117, los medios técnicos para satisfacer sus necesidades y objetivos de manera más eficiente, o para la mejor determinación más eficiente de las condiciones jurídicas y financieras que regularán dicho contrato.

Efectivamente, el TRLCSP se limita a prever la figura del DC sin definir un modelo claro ni articular los medios que tienen que permitir que se efectúe realmente. Por eso, habría que reglamentar el proceso del DC. La práctica nos muestra que la carencia de concreción en cuanto a como

es debido gestionar este proceso y las incidencias que esta indefinición tiene en relación a la percepción del sector privado, sobre todo en términos de transparencia y de protección del *know how*, genera no pocas reservas por parte de los intervinientes y está perjudicando el uso de esta figura contractual.

Con relación a este posible desarrollo reglamentario, habría que optar por uno de los dos modelos imperantes en nuestro entorno y que han demostrado su eficacia: el británico, que incluye tres fases, con dos ofertas secuenciales después de la pre-selección de lista corta (*short list*); o por uno de más abierto y en principio más corto, que es el que se utiliza por ejemplo a Florecimiento por el FDOT (*Florida Department of Transportation*) (12). Nada impide, además, que las reuniones puedan ser públicas y simultáneas para todos los ofertantes, ni que se trabaje con el objetivo de definir un proyecto constructivo único sobre el que, al final, todos los ofertantes ofrezcan precio (a pesar de que tenga que haber una oferta previa sobre la que seleccionar a dos candidatos o máximo tres).

En caso de que no se reglamentara el DC con el objetivo de definir un modelo previsible y bastante flexible, haría falta al menos incentivar en la praxis diaria la utilización alternativa del procedimiento negociado. El TRLCSP ya prevé que los CCPP se adjudiquen por la vía del DC, sin perjuicio del procedimiento negociado con publicidad (art. 170a), en caso de que las ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo sean irregulares o inaceptables porque los presenten empresarios sin aptitud; por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo; cuando infrinjan las condiciones para la presentación de variantes o mejoras; o incluyan valores anormales o desproporcionados.

Además, no hay que olvidar que en el ámbito de la contratación administrativa existe libertad de pactos, de forma que la Administración puede

(12) En la convocatoria de lista corta (RFQ, *Request for Qualifications*) se entrega un dossier que incluye lo que ya se hace en los casos españoles de DC, es decir, toda la información del documento descriptivo y las características básicas del contrato. Posteriormente, después de la selección, se entrega un primer borrador de cláusulas de selección y de contrato (ITP-*Invitation to Proposers*, RFP-*Request for Proposals*, y CA-*Concessions Agreement*), que son objeto de comentarios y sugerencias de modificación de manera ordenada, y acompañadas de sesiones «uno a uno» (*one on one*). Durante este proceso, la Administración va afinando con el concurso de los interesados, los pliegos técnicos y administrativos (el contrato, y los requerimientos de oferta) con objeto de llegar a un punto más equilibrado de aceptabilidad e interés entre las dos partes. En relación a la parte técnica, los requerimientos se van ajustando (abriendo, en ocasiones) para habilitar ciertas soluciones técnicas a propuesta de algún candidato. Lo relevante es que se tiene la ocasión de que determinadas cuestiones, las técnicas, sean propuestas confidenciales (al margen el que se entregue como documentación escrita). En este modelo no se realiza un BAFO (*Best and Final Offer*), sino una única oferta en base a la documentación final o los pliegos definitivos.

configurar los contratos ajustándolos a sus necesidades (de aquí la clásica distinción entre contratos nominados y no nominados). Acudir a un contrato nominado como el CCPP puede ser en muchos casos una mala solución, pues esto implica subordinación a limitaciones que no tienen necesariamente que existir si se configura un contrato *ad hoc*, sin calificarlo necesariamente como uno de los nominados por la ley.

En última instancia, no se puede negar igualmente que el DC es incompatible con la existencia de una sola empresa en el procedimiento, dado que está pensado para que dialoguen en competencia distintas empresas (y por eso se exigen al menos tres), y no hay que decir que este supuesto no se da siempre.

4.1. LA PROBLEMÁTICA DE LA PROTECCIÓN DEL KNOW HOW EN EL DIÁLOGO COMPETITIVO

En la fase de DC está en juego no sólo la salvaguarda del principio de igualdad/no discriminación sino también el de confidencialidad (art. 140 TRLCSP), con el objetivo de evitar dar ventaja competitiva a ninguna de las partes intervinientes desvelando tanto secretos técnicos o comerciales (*know how*, propiedad industrial, propiedad intelectual) como aspectos confidenciales de las ofertas.

La cuestión no es fácil. En buena lógica, la Administración tiene que poder exponer a cualquier de las partes en diálogo cual es la solución de otra de las partes que intervienen, para ver como lo afronta o mejora. Pero esto, al mismo tiempo puede frenar las empresas a la hora de dedicar recursos para revelar ideas que después pueden ser aprovechadas por su competencia.

Aparentemente, la ley es razonablemente exigente (art. 140 TRLCSP) en cuanto que incorpora entre sus principios, y como novedad, la confidencialidad de la información durante un plazo de cinco años, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo más grande; el trato igual a todos los licitadores y, en particular, el hecho que la Administración no tiene que facilitar información de forma indiscriminada para evitar dar ventajas a determinados licitadores; además de la prohibición de que el órgano de contratación no puede revelar al resto de participantes las soluciones propuestas por uno de ellos. Las pretensiones en defensa de la confidencialidad pueden ir desde el cese del uso ilegítimo de los derechos de exclusiva del secreto empresarial a sustanciar en el orden civil; la declaración de nulidad o de anulación del DC en vía administrativa, con el correspondiente control posterior de la jurisdicción contenciosa-administrativa; y la suspensión del DC, de naturaleza cautelar, para garantizar la efectividad de la resolución a dictar en vía contenciosa-administrativa.

Sin embargo, la realidad práctica demuestra que la postura habitual por parte de la Administración consiste en considerar adquirida la propiedad de los derechos de propiedad intelectual o industrial desde el mismo momento de suscripción del contrato. La industria tiende a ser muy refractaria a la hora de conceder plenos derechos de explotación (con posibilidad de licencia incluida), sobre todo si se tiene en cuenta el coste asociado al desarrollo tecnológico.

Frente a esta legítima y fundamentada inquietud hay que garantizar al menos una correcta ponderación de las posibilidades de defensa y de actuación de los sujetos que intervienen en el diálogo competitivo, de forma que se determine claramente si la vulneración del secreto de empresa se ha producido en el mismo procedimiento del diálogo o es ajeno al procedimiento de adjudicación contractual, a pesar de que se manifieste en aquel momento, debido a su uso por parte de algunos de los competidores; y en todo caso compensar el inconveniente que supone de entrada participar en *el think thank* en que se puede convertir el diálogo competitivo, mediante un precio a abonar por la Administración, previsto al artículo 29.8 de la Directiva 2004/18/CE («los poderes adjudicadores podrán prever premios y pagos para los participantes en el diálogo»).

4.2. LOS INCENTIVOS A LA PARTICIPACIÓN EN UN PROYECTO DE CPP

En cuanto a los incentivos a la participación en proyectos de CPP, hay que hacer mención al hecho que el artículo 128.5 TRLCSP admite la iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad en el marco de eventuales concesiones de obra pública, en que los proyectos normalmente van a cargo de la Administración. En el supuesto que el estudio de viabilidad culmine en el otorgamiento de la concesión después de la oportuna licitación, su autor tiene derecho, siempre que no haya resultado adjudicatario, y salvo que el estudio haya resultado insuficiente de acuerdo con su propia finalidad, al resarcimiento de los gastos efectuados para elaborarlo, incrementados en un 5 por ciento como compensación. Haría falta que esta posibilidad se extendiera a otras modalidades contractuales. Otro de los incentivos, ni que sea indirecto, en forma de obtención de un buen resultado en términos de *value for money* es el mecanismo de retribución. Este mecanismo, constituye un elemento nuclear del CCPP y permite evidenciar la forma como se distribuyen los riesgos entre las partes contratantes.

Aun así, la experiencia adquirida en la implementación de este tipo de contratos en otros países —el Reino Unido es el ejemplo más que destacado— aconseja que los costes asociados a la participación en el DC no

lleguen a convertirse en un freno a la competencia. El legislador europeo (Directiva 2004/18/CE), consciente de este inconveniente previó que los poderes adjudicadores puedan establecer «premios» y «pagos» para los participantes en el diálogo. El TRLCSP sustituye de forma confundida este término por el de «compensaciones» (art. 179.2). Esto quiere decir que se trata no tanto de un incentivo como de una especie de resarcimiento.

Desde este punto de vista, parece recomendable desarrollar la figura de los «estipendios», de forma que toda empresa que presente oferta en cumplimiento de las condiciones mínimas requeridas tenga derecho a recuperar una parte (habitualmente minoritaria) de los gastos de oferta, que es la práctica habitual en la mayoría de países. Si bien esto siempre se puede regular en el pliego de condiciones.

Alternativamente, la ley podría tasar los supuestos de hecho concretos en que se admitan dichos premios o compensaciones, para que estos estén previstos en los pliegos de cláusulas particulares, estableciendo el correspondiente importe. Esto, además, no obsta para que, más allá de la deseable prescripción legal del abono de determinadas gastos, se extienda esta práctica por parte de los órganos de contratación, a valorar en el momento de iniciar el procedimiento de contratación. En este caso, estaríamos hablando de incentivos en forma de prima o recompensa, buscando fomentar la competencia.

Igualmente, habría que revisar el régimen de la iniciativa privada para generar mayores incentivos, por ejemplo, con la recuperación de costes y determinados derechos preferentes como el de tanteo o la exigencia del mismo régimen jurídico de la concesión de obra pública a las sociedades que única actividad sea realizar contratos de CPP (tanto si son cien por cien privadas, cien por cien públicas o de economía mixta).

IV. Los mecanismos de pago. El pago por disponibilidad

En cuanto a los esquemas de pago en los CCPP, se han planteado escenarios que van desde la supresión total de peajes (rescatando en parte o totalmente los actualmente existentes), pasando por sistemas de peaje a la sombra hasta la generalización de los mismos.

En este sentido, hay que hacer una serie de consideraciones, empezando porque en relación con el rescate de peajes, hay que tener en cuenta que la estimación del coste que las Administraciones pueden soportar para compensar la extinción anticipada de contratos no sólo comportaría un procedimiento complejo, debido a la indefinición de las cláusulas contractuales que hacen referencia a la valoración de la concesión y a las razones que permiten la rescisión de los contratos, sino que, en términos comparativos, hay muy pocas experiencias de rescate de peajes en

Europa y los estudios que se han realizado ofrecen resultados poco precisos con un umbral de valoración muy amplio; en caso de apelar a criterios de oportunidad y económicos, la cuestión se complica igualmente. La supresión total de los peajes no sólo provocaría un incremento de los desplazamientos en vehículo privado y un descenso del número de usuarios del transporte público, sino que daría lugar a un notable incremento de los costes de funcionamiento de los vehículos y de las emisiones contaminantes; globalmente, no se podría hablar de beneficios sociales positivos. Además, exigiría un gran esfuerzo presupuestario de las Administraciones, que tendrían que hacerse cargo de los costes derivados de la construcción y mantenimiento de las vías de peaje, en un momento en que existe un gran déficit de inversión en infraestructura nueva.

En el caso de eventuales rescates, la negociación parece la opción más razonable, si no se quiere ocasionar un problema de credibilidad por parte de la Administración, en un contexto en el cual la participación del sector privado en la financiación y la gestión de las infraestructuras es cada vez más necesario y creciente. Según la Ley de autopistas de 1972, la extinción de la sociedad concesionaria de una autopista se puede justificar sólo en el supuesto de que haya un acuerdo mutuo entre las partes implicadas, por expropiación de la concesión y por rescate unilateral por parte del Estado (sólo cuando ya ha ultrapasado el 25 por ciento del periodo de concesión).

La opción contraria, es decir, la implantación generalizada de peaje a los usuarios las vías de alta capacidad, estaría más en la línea de la política de transportes de la UE (euroviñeta) y permitiría diseñar un sistema mucho más equilibrado que el actual, garantizando la máxima eficiencia funcional, con tal que la red viaria fuera la adecuada y que las regiones y países vecinos aplicaran la misma política de peajes. El nuevo sistema, a partir del pago de un peaje por parte de los usuarios, generaría beneficios para el conjunto de la sociedad (por la redistribución del tránsito, la reducción de la contaminación y los accidentes, el traspaso de usuarios al transporte público, etc.), y también para sectores vitales en nuestra economía como el transporte de mercancías por carretera, que podría reducir sus costes globales y los de construcción. Para simplificar los resultados, sería la Administración pública la que gestionaría los peajes y recibiría los ingresos. Esta hipótesis abriría la puerta, además, a nuevos negocios concesionales que incorporarían el mantenimiento de la red de infraestructuras, pudiendo hacerse cargo no sólo de su construcción sino también de su explotación y mantenimiento.

Con todo, hay que tener cuidado con un cambio así en el esquema de retribución de infraestructuras que ya operan bajo una fórmula de CPP, porque esto tendría repercusiones importantes a corto plazo en cuanto a la incorporación de los activos subyacentes al balance público en bloque

y, por lo tanto, de impacto sobre la deuda pública (como se puso de relieve con la decisión del EUROSTAT de 2011 sobre las autopistas portuguesas).

Así las cosas, muchos sectores defienden como vía más lógica el hecho que el pago de infraestructuras como las viarias se vincule a la disponibilidad (PPD) de la carretera y a su mantenimiento a largo plazo, más que no en su uso o demanda. Este esquema relaciona el encargo del diseño y la construcción con el comportamiento de la infraestructura a largo plazo de manera directa. De este modo, en cuanto a los contratos de concesión de obras, habría que revisar el marco legal para establecer de manera más diáfana la compatibilidad del PPD en todo tipo de concesiones, redefiniendo el concepto de explotación de la concesión y evitando así las posiciones restrictivas de algunas Juntas Consultivas. En caso contrario, para ser coherentes, habría que dejar fuera del ámbito de la concesión de obra pública los esquemas de peaje a la sombra. No hay que decir que se podría llegar a situaciones absurdas como que la Administración hubiera decidido que no quiere repercutir un peaje al usuario (o simplemente que no lo puede hacer porque está contratando una infraestructura que no comporta interfase con el usuario, como un hospital o una línea ferroviaria que no supone su explotación posterior), y que acabara siendo la misma Administración la que pagara al concesionario (o socio colaborador).

En caso de que la Administración pretendiera pagar por calidad/disponibilidad, al no estar interesada al maximizar el uso de la infraestructura (una vía libre de peaje en la mayoría de casos), parece inevitable apelar necesariamente al CCPP que, por definición, basa la contraprestación a abonar por el socio público precisamente en la disponibilidad y resulta desafecto al nivel de uso.

También se ha debatido mucho sobre la posibilidad de un mecanismo de pago mixto, que combine demanda y disponibilidad. En general, se puede afirmar que si se acepta que la disponibilidad es el mecanismo más apropiado cuando no exista un objetivo de la Administración de maximizar el uso de una infraestructura (cómo parece que es el caso de las vías y carreteras sin peaje), no hay motivo aparente para mezclar los dos tipos de pagos. Además, no resulta demasiado apropiada la existencia de una especie de deducciones *ex post* por falta de calidad en los ingresos por demanda. La esencia de un mecanismo de pago es que éste merita y se calcula en función del valor del servicio prestado, según estándares y criterios previstos a la hora de determinar su precio. Además, resulta confuso, divide la transferencia de riesgos y puede dar lugar a situaciones perversas como por ejemplo que la falta de disponibilidad se vea compensada con tránsitos más elevados de los previstos. Esto desvirtuaría el precio del servicio de disponibilidad. Resultaría que, con los

mismos parámetros de disponibilidad (idénticos requerimientos y niveles de indicadores), el servicio de disponibilidad valdría menos que en el supuesto de que se decidiera abonar todo en función de dicho criterio.

Esto no obsta para que pueda aceptarse una componente por uso. Pero no como mecanismo de pago (no como contraprestación unitaria por todo concepto prestacional —inversión inicial más renovación más mantenimiento—), sino como simple factor de ajuste al coste efectivo de mantenimiento asociado a la demanda. Porque, si lo que se busca con el PPD es poner en línea la retribución (los objetivos del socio privado) con los objetivos de la Administración contratante, puede pasar que con demandas o niveles de uso excesivos, aquellos objetivos resten desajustados y su uso pase a jugar un papel distorsionador en el marco económico del socio privado, contrario al papel que ejerce precisamente en un esquema de PPD: además demanda, más costes de operación y mantenimiento que no se ven compensados por ningún tipo de contraprestación, y que generan la necesidad de ahorrar en los mismos, poniendo en riesgo la esencia última del mecanismo, que es la gestión de inversión en mantenimiento preventivo. Por otro lado, del mismo modo que una demanda más grande de la prevista comporta pérdidas, una demanda menor de la prevista en el Plan Económico Financiero (PEF) comporta beneficios no previstos, y esto último es menos probable que el primero, pues el traslado del riesgo innecesario y no controlable puerta al ofertante a incrementar ligeramente el PPD que de otro modo habría sido menor.

En todo caso, la práctica mayoritaria a nivel internacional establece una componente menor de pago por uso, con el objeto de neutralizar la influencia de la demanda en los costes. Pero se trata de una componente de peso más bien marginal, que refleja el coste marginal unitario de la demanda, muchas veces singularizado sólo en el tránsito pesado. Este pago se puede tasar en los pliegos de condiciones o dejarlo al oferente. En casos como el de México, en que se ha dejado al oferente proponer un mix de pagos, pocas veces el peso de este pago ha sobrepasado el 3 por ciento del total de pagos previstos en modelo financiero de oferta.

V. El esquema de distribución de riesgos y el equilibrio económico-financiero de los contratos

La eficiencia en la realización de una obra o en la prestación de un servicio público depende en gran medida de que se realice previamente una óptima asignación de riesgos, de forma que cada parte asuma aquellos para qué gestión tiene una mayor incidencia o capacidad. En concreto,

en cuanto al régimen de riesgos, es obvio que, como se ha dicho al inicio, la compleja situación económica actual ha transformado radicalmente el marco de desarrollo de los proyectos de CPP. En este contexto, este tipo de contratos se han visto afectados por experiencias negativas relacionadas con sobrecostos imprevistos (expropiaciones, disminuciones de demanda en relación a los estudios previos realizados, ofertas bajas y problemas para reclamar los modificados, impagos para no prever adecuadamente los compromisos de gasto, etc.) (13).

Además, la transferencia efectiva de riesgos al socio privado resulta determinante de la no inclusión del endeudamiento correspondiente a un determinado proyecto en las cuentas públicas, según criterios EUROSTAT. A todos los efectos, podemos decir que la esencia del contrato administrativo es que su ejecución corre «a riesgo y ventura» del contratista (art. 215 TRLCSP). Esto implica que si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados, la Administración no podrá reducir el precio. Mientras que si las circunstancias disminuyen el beneficio calculado o incluso producen pérdidas, estas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización.

En un intento de definición de lo que hay que entender que está incluido en este ámbito, la doctrina ha apuntado que el contratista no puede repercutir sobre la Administración los aumentos del coste de los materiales, la mano de obra en la explotación de los servicios públicos contratados o los precios de compra de los bienes suministrados a la Administración, excepto en los supuestos de fuerza mayor y fuera de los límites establecidos por las fórmulas de revisión de precios.

En el caso de las infraestructuras públicas financiadas y explotadas por el sector privado, tanto el CCPP como el de concesión de obra pública se pueden calificar, atendiendo al riesgo asumido por el socio privado, o bien como arrendamiento operativo (de forma que los pagos regulares hechos por la Administración sólo repercuten en la necesidad de financiación); o bien como arrendamiento financiero, en el que la infraestructura construida se registra en el balance de la Administración y se compensa con un préstamo imputado, equivalente al valor de la infraestructura que incrementa la deuda pública en el importe del préstamo. De esta forma, al menos los activos afectos a un CCPP pueden ser considerados no públicos y no computar a efectos de deuda si existe una fuerte evidencia de que el operador privado asume parte de los riesgos vinculados al contrato, y en todo caso, el de construcción y, cuando menos, uno de los dos siguientes, el de disponibilidad o demanda.

(13) www.elmundo.es/elmundo/2012/03/20/economia/1332245070.html; www.lavanguardia.com/.../fomento-se-*plantea-*nacionalizar-*las-*autop...;

En este sentido, hace falta enfatizar la planificación y el diseño durante el proceso de selección y en el propio contrato. Este proceso tiene que asegurar la regulación de la transferencia de riesgos y de responsabilidades, de forma que haya un mayor control sobre los costes y la financiación. El factor determinante entre los que condicionan el acceso al mercado de crédito es la delimitación del riesgo. Para lo cual, en unos casos será necesaria la intervención de las agencias de rating y en otros recurrir a una garantía bancaria durante la construcción. Hay que tener presente que durante este periodo (construcción) es difícil que la Responsabilidad Patrimonial de la Administración (RPA) cubra el total de la deuda, pues el activo todavía no está en periodo de amortización cuando se produce el descubierto, al ser el perfil de las amortizaciones contables menos acelerado que el de las amortizaciones que drenan el valor neto de la inversión, siendo este último el que sirve normalmente de referencia para el cálculo de la RPA. Esto es plenamente constatable en el PEF.

Porque la deuda esté en riesgo, hace falta que el valor de los daños y perjuicios sea de un importe más grande que el total del capital invertido (o sea, equivaler además de un 20 o 25 por ciento de la inversión). En este caso, las entidades financieras pueden garantizar el riesgo a favor de los bonistas. En estos casos, el ICO también podría sustituir su participación en préstamo por una participación proporcional en dicha garantía.

Aquí es donde toma especial relevo la regulación de la figura de la RPA y su liquidación anticipada, que tendría que ser clara, de forma que al menos un porcentaje relevante de la deuda quedara preservado del riesgo de daños y perjuicios (siempre hablando de escenarios de fin por incumplimiento, pues en el resto de casos la RPA tendría que cubrir explícitamente las deudas). Al mismo tiempo, también sería un gran adelanto poder prever en qué se basarán estos daños y perjuicios, dejando fuera cualquier consideración de daños de difícil cuantificación para centrar el cálculo en las inversiones que resulten necesarias para poner remedio a la causa de incumplimiento.

En cuanto al riesgo y ventura de refinanciación (caso de los créditos a corto plazo tipos *miniperm*), hay países que enfocan el apoyo financiero en la posibilidad de una futura refinanciación, facilitando que tanto el acreedor bancario como el accionista vean acotado su riesgo (y el segundo su ventura) en relación al momento de refinanciación. El mecanismo consiste en avales públicos para la refinanciación de los proyectos que cubran los sobrecostes de la continuidad en la financiación acordada o bien un reparto de beneficios privado/público en caso de obtener condiciones más ventajosas. Para que este mecanismo fuera aplicable, el socio privado tendría que estar en niveles de cumplimiento sa-

tisfactorio del contrato, entendiendo por eso una situación en la que no estuviera incurrido en ningún incumplimiento grave o la previsión de no estar próximamente, a juicio, ponderado, de la Administración.

1. La problemática de las expropiaciones

Hay que modificar el tratamiento actual de las expropiaciones, teniendo en cuenta los efectos negativos que han provocado algunos hechos recientes durante la vida de algunas concesiones (el caso de las autopistas radiales de Madrid es emblemático). El TRLCSP (art. 271.1) incluye expresamente este supuesto entre los conceptos que integran la indemnización por resolución. Pero resulta difícil de hacer compatible la asunción por parte de la Administración de los sobrecostes que se puedan producir con la exclusión de toda posibilidad de endeudamiento público en un proyecto de CPP (en especial si los sobrecostes se derivan de una decisión judicial posterior), dado que EUROSTAT considera que se alteraría de forma fundamental la transferencia del riesgo de construcción. Las alternativas pasan, a) o bien por aceptar la integración del proyecto dentro del endeudamiento público, b) o bien por proceder a la contratación desde un ente que no esté incluido en el perímetro de sector público del SEC95 (caso de las garantías que proporciona ADIF).

Hace falta proceder a una mejor delimitación del riesgo de construcción: a) aceptando las expropiaciones como «riesgo impropio», con el establecimiento de un sistema de bandas (en realidad, un tope superior), en el cual, a partir de un límite de riesgo por parte del privado haya un sistema de absorción pública (marginalmente decreciente) de los excesos, y con un límite máximo; b) definiendo con precisión los riesgos «extraordinarios o imprevisibles» (cambios técnicos, desviaciones del coste de los seguros, servicios urbanos afectados, encuentros arqueológicos...); y c) creando mecanismos que permitan la emisión de bonos durante el periodo de construcción. Este mecanismo, de difícil compatibilidad con la calificación *off-balance* de este tipo de operaciones, exige unas garantías reforzadas de la Administración (que se podrían establecer con garantías de la ICO y con una configuración legal más explícita y favorable de la RPA) en caso de cancelación anticipada por incumplimiento del contrato.

2. El alargamiento de concesiones

Actualmente se observa una drástica restricción en la utilización de la ampliación de los plazo concesionales como mecanismo de restableci-

miento del equilibrio económico-financiero, motivada por el hecho que la Comisión Europea ha venido estimando que estos prolongamientos equivalen en muchos casos al otorgamiento de una nueva concesión que tiene que ser objeto de una nueva licitación (14).

En España, el carácter externo de las circunstancias que motivan la rotura del equilibrio contractual (no imputables a las partes) y la gran onerosidad que ello puede suponer para el erario público, junto con el principio a favor de la conservación del negocio concesionales, ha llevado a que el legislador permitiera acudir a la ampliación del plazo concesional en supuestos contados.

Ciertamente, la generalización abusiva del prolongamiento del plazo concesional puede llegar a desvirtuar los principios de concurrencia, publicidad y transparencia, y perpetuar en la explotación de la obra pública al concesionario inicial. Ésta había sido ciertamente una práctica habitual en España en las concesiones de autopistas de peaje desde la modificación el 1996 de la Ley de autopistas de 1972. Pero en nuestra opinión, no parece descabellada su aplicación con ciertas limitaciones: en los casos de fuerza mayor o de *factum principium*, en que la circunstancia excepcional que altera el equilibrio económico contractual es ajena a las partes (autopistas radiales de Madrid, autopista Cartagena-Vera, circunvalación de Alicante o Eje Aeropuerto). Esto excluiría los supuestos de *ius variandi* y las circunstancias previstas en el mismo contrato.

Por eso, los actuales límites legales resultan de difícil comprensión y habría que flexibilizarlos: i) primero, porque para que la Administración restablezca el equilibrio económico del contrato, se exige de forma totalmente discrecional que la retribución del concesionario provenga en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios (art. 258.3 TRLCSP); ii) en segundo lugar, llama la atención la exclusión de la prórroga en el supuesto en que la retribución proceda de la Administración y no del usuario. Siendo compatible como es con el contrato de concesión el establecimiento de un sistema de retribución para la Administración basado en la frecuentación de la obra (peaje en la sombra), no encontramos justificación en este hecho; y iii) en tercer lugar, que el hecho que la prórroga resultante no pueda exceder de un 15 por ciento de su duración inicial (art. 258.3 TRLCSP) supone una reducción efectiva del plazo total de las concesiones respecto del que preveía la LCAP (2003). En esta última, el límite general máximo era de 40 años y 20 años para las concesiones de construcción y explotación, que se podía prolongar hasta los 60 y 25 años respectivamente (art. 263.4 LCSP). Actualmente, el TRLCSP

(14) Comunicación interpretativa 2000/C 121/02.

establece un plazo máximo que no puede sobrepasar los 40 años y que sólo podrá ser prorrogado por causas imputables a la Administración o por fuerza mayor.

Barcelona, dos de mayo de 1012.

Bibliografía

- ABELAIRA DAPENA, Agustín J. (2006): «La participación privada en la financiación de infraestructuras públicas: La experiencia de la Generalitat de Catalunya». *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45: 129-151.
- ALMUDÍ CID, J. Manuel (2009): «La tributación indirecta del contrato de concesión de obres públicas a la luz de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y de la reciente Doctrina de la Dirección General de Tributos». *Crónica Tributaria*, núm. 132: 63-81.
- BASILIO ACERETE, José (2006): «Aspectos contables de las colaboraciones público-privadas». *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45: 199-215.
- BEATO, PAULINA I VIVES, Antonio (2006): «Esquemas público-privados para la provisión de servicios de infraestructura». *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45: 75-94.
- BERRENDERO BERMÚDEZ DE CASTRO, José Luis (2011): «Colaboración público-privada». *Extoikos*, núm. 2: 69-72.
- BLASCO DELGADO, Carolina (2009): «Cuestiones esenciales del Análisis Jurídico Financiero de las fórmulas de colaboración público-privada en la financiación de obras y servicios públicos en España». *Pecvnía*, núm. 8: 17-70.
- BURGER, Philippe; TYSON, Justin; KARPOWICZ, Izabela y DELGADO COELHO, Maria (2009): «The Effects of the Financial Crisis on Public-Private Partnerships». *Nova York: IMF-Working Paper*, núm. WP/09/144.
- CAMBRA DE COMERÇ DE BARCELONA (2008): «El sistema de peatges a Catalunya. Avaluació d'estratègies». Estudi Llotja. Infraestructures i Territori: 1-26.
- CECOP (2009): *La colaboración público-privada. Un éxito del pasado. Un problema del presente. Una necesidad del futuro. ¿Una alternativa en alza?* MADRID: CECOP (Centro español de Excelencia y Conocimiento de la Colaboración Público-Privada).
- CEOE (2005): Informe CEOE sobre modelos de cooperación público-privada para la financiación de infraestructuras públicas tratamiento en términos de contabilidad pública (SEC 95) y viabilidad jurídica. Madrid: CEOE.
- COBOS RUIZ DE ADANA, Pilar (2008): «Antecedentes históricos y evolución en la regulación de las diferentes formas de colaboración público-privada. Novedades en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contra-

- tos del Sector Público». *Revista Española de Control Externo*, núm. 28 vol. X: 15-34.
- COMISIÓN EUROPEA (2004): Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM(2004) 327 final]. Brusel·les: Comissió Europea.
- COMISIÓN EUROPEA (2005): *Sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* [COM(2005) 569 final]. Brusel·les: Comissió Europea.
- COMISIÓN EUROPEA (2008): «Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)». *Diari Oficial de la Unió Europea*, núm. C-91 de 12.04.2008: 4-9.
- COMISIÓN EUROPEA (2011a): *Green Paper on the feasibility of introducing Stability Bonds*. Brusel·les: Comissió Europea.
- COMISIÓN EUROPEA (2011b): *Stakeholder consultation paper-comission staff Working Paper on the Europe 2020. Project Bond Initiative*. Brusel·les: Comissió Europea.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2005): «Reglament (CE) No 2103/2005, de 12 de desembre de 2005, pel que es modifica el Reglament (CE) núm. 3605/93 en allò referen a la qualitat de les dades estadístiques en el context del procediment aplicable en cas de dèficit excessiu». *DOUE*, núm. L-337 de 22.12.2005: 1-6.
- CUEVAS GONZÁLEZ, Beatriz (2011): «Las Normas de Adaptación del Plan General de Contabilidad a las Empresas Concesionarias de Infraestructuras Públicas». *Reflexiones*, núm. 12: 5-31.
- DÍAZ PÉREZ, Jaime (2011): «Retos de la colaboración público-privada para el desarrollo de infraestructuras públicas (PPP)». *Boletín Económico de ICE*, núm. 3012 (junio de 2011): 15-31.
- DE HOCES, José Ramón (2011): «La colaboración público-privada en la ley de economía sostenible». Pérez Llorca, Doctrina contencioso, público, regulatorio: 1-7.
- DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco (dir.) (2009): *La colaboración público-privada en la ley de contratos del sector público. Aspectos administrativos y financieros*. Madrid, Ed. La Ley.
- EPEC (2010): *EUROSTAT Treatment of Public-Private Partnerships. Purposes, Methodology and Recent Trends*. Luxemburg: European PPP Expertise Centre (EPEC).
- EPEC (2011a): *New EUROSTAT rules on contracts that fund the major part of availability payments using tolls collected by or on behalf of the government. The case of the SCUT motorway contracts in Portugal*. Luxemburg: European PPP Expertise Centre (EPEC).

- EPEC (2011b): *Risk Distribution and Balance Sheet Treatment Practical Guide*. Luxemburg: European PPP Expertise Centre (EPEC).
- EPEC (2011c): *State Guarantees in PPPs. A Guide to Better Evaluation, Design, Implementation and Management*. Luxemburg: European PPP Expertise Centre (EPEC).
- EPEC (2011d): *The Guide to Guidance. How to Prepare, Procure and Deliver PPP Projects*. Luxemburg: European PPP Expertise Centre (EPEC).
- ESPERÓN LÁZARO, José Antonio (2008): «Los diferentes modelos de colaboración público-privada». *Revista Española de control externo*. Vol. X, núm. 28: 187-199.
- ESTEVEZ MARTÍN, Ángel Eduardo (2011): «La colaboración público-privada de tipo institucionalizado como fórmula para la adjudicación de contratos públicos: su incorporación a la LCSP a través de la ley de economía sostenible». *La Ley. Contratación Administrativa Práctica*, julio de 2011, núm. 110: 46-54.
- EUROSTAT (2010): *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*. Luxemburg: European Union.
- FERNÁNDEZ LLERA, Roberto (2009): «Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria». *Revista de Estudios Regionales*, núm. 0213-7585: 337-350.
- FOROPPP (2011): *Recomendaciones para el desarrollo sostenible de colaboración público-privada en infraestructuras*. Madrid: Foroppp.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario (2006): «El control de los contratos en la colaboración público-privada». *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45: 117-127.
- GARCÍA CAPDEPON, Pedro M.^a (2005): «Los contratos de colaboración público-privada». *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 3: 89-114.
- GARRIGUES ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS (2011): *Régimen jurídico de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*.
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2009): «Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas». *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A* núm. 47-1, 13 de noviembre de 2009: 1-7.
- GONZÁLEZ TORRIJOS, Jesús (2006): «La financiación de la colaboración público-privada: El "Project Finance"». *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45: 175-185.
- HUERTA BARAJAS, Justo Alberto (2008): «La evaluación previa de la colaboración del sector público y el sector privado. El dialogo competitivo en la nueva Ley de Contratos del Sector Público». *Auditoría Pública*, núm. 44: 55-68.
- IFRS GLOBAL OFFICE (2011): *IFRIC 12 Service concession arrangements. A pocket practical guide*. Londres: Deloitte Touche Tohmatsu.

- IGAE (2010): «Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril, por la que se aprueba el Plan General de Contabilidad Pública». *BOE* núm. 102, 28.04.2010: 36960-37270.
- INSTITUT MONTAIGNE (2008): «Infrastructures de transport: lesquelles bâtir, comment les choisir?». *Rapport*, juliol de 2008.
- JIMÉNEZ DÍAZ, Andrés (2011): «El contrato de colaboración público-privada y el de concesión de obres públicas (en la nueva Ley de Contratos del Sector Público)». *Diario La Ley*, núm. 6934: 1-7.
- LÓPEZ CORRALES, Francisco Javier; PEDROSA RODRÍGUEZ, M.^a Aurea y MAREQUE ÁLVAREZ-SANTULLANO, Mercedes (2011): «Novedades del Nuevo Plan General de Contabilidad Pública en el ámbito económico patrimonial». *Partida Doble*, núm. 228: 24-35.
- MARTÍNEZ MANZANEDO, Rosario (2006): «La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95)». *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45: 187-196.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo (2010): *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*. Madrid, Ed. Aranzadi.
- MINISTERIO DE FOMENTO (2005): *Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte (2005-2020) (PEIT)*. Madrid: Ministerio de Fomento [«Marco económico y financiero del PEIT», pp. 155-168].
- MINISTERIO DE FOMENTO (2010): *Plan Extraordinario de Infraestructuras*. Madrid: Ministerio de Fomento.
- MOSZORO, Marian (2010): «Eficient Public-Private Partnerships». Pamplona: *IESE Working Papers*, núm. WP-884.
- NORES ESCOBAR, José Luis (2007): «La novedad del dialogo competitivo en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público». *Reflexiones*, núm. 2: 3-9.
- PALOMAR, Alberto (dir.) (2011): *La colaboración público-privada: anàlisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*. Madrid, Ed. Aranzadi.
- PARADA, Ramón (2010), *Derecho Administrativo I*, Parte General, Decimotava edición, Madrid, Ed. Marcial Pons.
- PÉREZ PÉREZ, José Alberto (2009): «Introducción sobre la aplicación de los criterios del SEC 95 a las cuentas públicas». *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 54: 115-126.
- PÉREZ PÉREZ, José Alberto (2011): «El nuevo Plan General de Contabilidad Pública y la normativa de desarrollo contable aplicable a las entidades integradas en el sector público administrativo estatal». *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 63: 121-133.
- PRICEWATERHOUSE COOPERS (2005): *La solución de la Cooperación Público-privada. Realidad y futuro de las infraestructuras en Europa*. Madrid: PriceWaterhouse Coopers.

- PUERTO CELA, Mariano (2006): «Aspectos presupuestarios de la colaboración público-privada». *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45: 95-103.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.) (2011): *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*. Valladolid: Consejo Económico y Social de Castilla y León.
- RAMIÓ, Carles (coord.) (2009): *La colaboración público-privada y la creación de valor público*. Barcelona: Diputació de Barcelona.
- REBOLLO FUENTE, Andrés (2007): «APPs institucionales, financiación de infraestructuras y contabilidad pública». *Reflexiones*, núm 2: 61-122.
- REBOLLO FUENTE, Andrés (2010): «El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de las infraestructuras mediante Asociaciones Público-privadas y medidas de intervención financiera». *Revista Infra-estructural* Deloitte, julio: 1-26.
- ORTEGA, Beatriz y TRAVÉ, Montserrat (2007): *Las formas de colaboración público-privada en Catalunya. Incidencia en los trabajos de fiscalización*, Sindicatura de Comptes de Catalunya.
- TELLO BLASCO, Cristina (2008), «Modelos aplicados de colaboración público-privada por la Administración Pública. Experiencias en la Administración General del Estado». *Revista Española de Control Externo*, vol. X, núm. 28: 65-88.
- TENA-CENTENO, Antonio y VASSALLO-MAGRO, José Manuel (2010): «Inversión en infraestructuras: Cuando lo público y lo privado se dan la mano». *Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*, vol. 4, núm. 2: 88-102.
- TER-MINASSIAN, Teresa y RUIZ, José-Luis (2006): «Aspectos Económicos en la Colaboración Público-Privada». *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45: 41-57.
- TRIBUNAL DE CUENTAS (2008): *Revista Española de Control Externo*, vol. X, Madrid, núm. 28.
- TRIBUNAL DE CUENTAS (2010): Informe de fiscalización de las inversiones en infraestructuras ferroviarias realizadas por la entidad pública empresarial «Administrador de Infraestructuras Ferroviarias» (ADIF) y por la «Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre SA» (SEITSA) desde 1 de enero de 2005 hasta 31 de diciembre de 2008 [Informe núm. 870]. Madrid: Tribunal de Cuentas, 2010.
- VALDIVIELSO CAÑAS, Alberto (2006): «El marco legal de la colaboración público-privada en el proyecto de ley de contratos del sector público». *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45: 11-29.

Trabajo recibido el 4 de mayo de 2012.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 14 de septiembre de 2012

LABURPENA: Zerbitzu publikoko azpiegiturak hornitzeko lankidetzak publiko-pribatuaren gaur egungo larrialdiaren oinarrian herri-administrazioen diruzaintza alorreko tirabirak daude. Teknika honen abantailak hiru zutoinetan sustraitzen dira: sektore publikoaren eta sektore pribatuaren arteko elkarrikerak proiektuak finantzatzeko eta aurrera eramateko adostasunaren bidean; kalitatea/prezioa erlazio onean, eta zor publikoan batere inpakturik ez duen kontularitza publikoaren tratamenduan. Guztiarekin ere, desabantailak Europako eta Estatuako esparru arautzaile eskasean biltzen dira, bai kontratazioari dagokionez, bai finantza-aktiboak eskuratzeko pizgarriei dagokienez. Beraz, beharrezkoa da esparru arautzaile berri bat sortzea, proiektuen, kontratuen eta arriskuak banatzeko eskemaren egituratze egoki bat bultzatuko duena eta, aldi berean, parte hartzeko pizgarriak eskainiko dituena; halaber, ordainketa-mekanismoak argituko dituena eta, bereziki, lankidetzak publiko-pribatuaren kontratu berriaren definizioa eta elkarrikerak lehiakorraren formularen definizioa hobetuko dituena, esleipen-prozedura espezifiko gisa.

HITZ GAKOAK: Lankidetzak publiko-pribatua. Lankidetzak publiko-pribatuaren kontratua. Obra edo zerbitzuen emakidak. Elkarrikerak lehiakorra. Erabilgarritasun-ordainketa. Eskari-ordainketa. Emakidak berreskuratzea. Ordainsariak. Oreka ekonomiko-finantzieroa.

RESUMEN: La actual emergencia de la colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público es consecuencia de las tensiones de tesorería de las Administraciones públicas. Las ventajas de esta técnica se concretan en el diálogo entre el sector público y el sector privado para consensuar la financiación y ejecución de proyectos, la buena relación calidad-precio y un tratamiento en términos de contabilidad pública que determina un nulo impacto en la deuda pública. Los inconvenientes aun así están centrados en el deficiente marco regulador europeo y estatal, tanto en materia de contratación como de incentivos a la captación de activos financieros. Hace falta pues un nuevo marco normativo que favorezca la adecuada estructuración de proyectos, contratos y esquema de distribución de riesgos, así como prevea incentivos a la participación, aclare los mecanismos de pago y, en particular, mejore la definición del nuevo contrato de colaboración público-privada y de la fórmula del diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación específico.

PALABRAS CLAVE: Colaboración público-privada. Contrato de colaboración público-privada. Concesiones de obras o servicios. Diálogo competitivo. Pago por disponibilidad. Pago por demanda. Rescate de concesiones. Peajes. Equilibrio económico-financiero.

ABSTRACT: The emergence of the current public-private collaboration in the provision of public service infrastructure is the result of tensions treasury of government. The advantages of this technique are summarized in the dialogue between the public and the private sector to agree on funding and project delivery, good value and its treatment in terms of public accounting that determines

no impact on debt. The disadvantages however are focused on the European regulatory framework and poor state, both in recruitment and incentives to attract financial assets. We therefore need a new regulatory framework that promotes the proper structuring of projects and contracts that affect the design and award of contracts, the pattern of distribution of risks in the regulation of reckless offers, incentives for participation in these types of projects, payment mechanisms and improving the definition of the new contract public-private collaboration, as well as the competitive dialogue procurement procedure as specified.

KEYWORDS: Public-private collaboration. Contract for public-private collaboration. Concession of works or services. Competitive dialogue. Payments for disponibility. Payment on demand. Recovery of concessions. Tolls. Financial-economic balance.